

# 故意の意的要素とその理解をめぐる

竹内 健 互

- I はじめに
- II 心理状態としての故意
- III 解釈構成物としての故意
- IV ディスポジションとしての故意
- V 故意の指標とその認定
- VI まとめに代えて

## I はじめに

刑法上、故意行為（故意帰属）と過失行為（過失帰属）は分節化され、それぞれの不法内容、すなわち行動規範違反性に対応して異なる法律効果が割り当てられているところ、「故意とは何か」という問いについては、これまで意思説と認識説という大きな対立軸の下で、とりわけドイツでは、認識説系統の可能性説（Möglichkeitstheorie）や蓋然性説（Wahrscheinlichkeitstheorie）、意思説系統の是認説（Billigungstheorie）や無関心説（Gleichgültigkeitstheorie）、回避説（Vermeidungstheorie）、真摯説（Ernstnahmetheorie）など、多種多様な理論が展開されてきた。このことから窺い知ることができるように、「故意」を概念的にいかにして把握すべきかは、刑法学にとって決して自明の問題ではない。この論争に終止符を打つため、既にいわゆる「未必の故意」と「認識ある過失」の限界づけ、「付随結果」に対する未必の故意の成否を主要テーマとして数多くの論考が公表されてきたものの<sup>(1)</sup>、今日に至るまで故意理

(1) 例えば、モノグラフィーとして、Jochen Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009；Christoph J. M. Saffeling, Vorsatz und Schuld, 2008；Carl-Friedrich Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007などがある。これらの著作については、Lúis Greco, Neue Wege der Vorsatzdogmatik, ZIS 2009, 813 頁も参照。また、わが国でも、玄守道「故意に関する一考察（1）～（6・完）」立命館法学299号（2005年）181頁以下、302号（2005年）96頁以下、306号（2006年）95頁以下、308号（2006年）32頁以下、309号（2006年）60頁以下、313号（2007年）54頁以下。

解に関する盤石な共通理解は未だ形成されているとはいえない状況にある。

そこで、本論文では、故意論に関する論究を試み、終局的な問題解決を図るための理論的予備作業として、認識説と意思説の対立図式をめぐって意的要素の必要性やその捉え方がとりわけ論争対象となっている点に鑑み、伝統的にその要否につき争いのある故意の「意的要素」をどう捉えるべきかをめぐるドイツ刑法学の議論を参照しつつ、若干の理論的検討を加えることにしたい。

## II 心理状態としての故意

「故意」は、行為時における行為者の内心的な「心理状態」であり<sup>(2)</sup>、その心理状態を刑法上の故意概念の定義に照らして評価しつつ、「故意」の有無について事実認定がなされる。実体法上の故意の捉え方としては、このような一定の行為者の心理状態・心理的事実を措定しつつ、それを故意と判断・認定すべきかという規範的評価が加えられて初めて刑法上の故意の存否が確定されるというのが、恐らくは伝統的な故意の判断枠組みに沿う通俗的理解であると思われる<sup>(3)</sup>。

わが国で通説と目される認容説も、行為者が結果発生の可能性を認識しつつ、結果発生を認容した場合に故意を認めるところ、そこでいう「認容」を発生結果に対する行為者の一定の心理的関係・心理的態度に見出そうとする限りで、故意の意的要素を行為者心理における一定の状態として捉えようとするものに

(2) 最近でも、橋爪隆「故意の認定をめぐる問題」警察学論集70巻1号(2017年)127頁以下、杉本一敏「故意はどこまで客観化されるべきか」高橋則夫ほか『理論刑法学入門』(日本評論社、2014年)161頁以下など。

(3) 例えば、原田保孝「殺意」小林充=植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選(上)[第2版]』(立花書房、2013年)381頁は、「殺意は、事実ではあるものの、刑法上の概念であるから、その認定は、このようないわば生の心理状態を規範的に評価して、人の死亡という結果発生に対する認識・認容があったといえるかを判断するものである」とし、あるいは半田靖史「故意の認定」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題』(成文堂、2015年)47頁は、「証拠によって生の事実、すなわち行為者の何らかの心理状態を認定し、それが法令解釈によって定められた『故意』に当てはまるかどうかを判断することになる。換言すれば、故意に関する事実認定とは、法令の解釈によって定められた『故意』に該当しうる心理状態を行為者が有していたことが証拠によって認められるかどうかを判断することである」(強調は原文)とする。

他ならないといえよう。

この点、わが国の判例も、伝統的理解によれば、この認容説に立つものと理解されている<sup>(4)</sup>。すなわち、盗品等有償譲受罪（刑256条2項）の未必の故意の成否が問題となった事案において、最高裁は、「赃物故買罪は赃物であることを知りながらこれを買受けることによって成立するものであるがその故意が成立する為めには必ずしも買受くべき物が赃物であることを確定的に知っていることを必要としない或は赃物であるかも知れないと思いながらしかも敢えてこれを買受ける意思（いわゆる未必の故意）があれば足りる」<sup>(5)</sup>と判示しているからである。本判決が提示した「敢えてこれを買受ける意思」との表現、あるいは本判決が引用する大審院判決<sup>(6)</sup>の判示内容を手がかりとして、判例もまた行為者心理における結果発生の可能性の認識という知的要素に加えて、「認容」という心理状態を要求しているというのである。

けれども、既に本判決の理解をめぐる異論が提起されているように、このような理解は必ずしも自明のものではなく、「敢えて」とは行為者の心理状態それ自体を指すものではなく、裁判官による規範的評価を意味すると考えることも十分に可能であろう<sup>(7)(8)</sup>。

(4) 団藤重光『刑法綱要総論 [第3版]』（創文社，1990年）296頁注(1)。また、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣，2008年）164頁、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』（有斐閣，2010年）513頁〔高山佳奈子〕を参照。盗品等関与罪の故意認定について考慮されるべき間接事実については、中西武夫『贓物犯における知情』小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定（上）』（判例タイムズ社，1992年）39頁以下。

(5) 最判昭和23・3・16刑集2巻3号227頁。なお、本判決は、「買受物品の性質、数量、売渡人の属性、態度等諸般の事情」から「或は赃物であるかも知れない」と思いながらこれを買受けた事実が認められれば未必の故意が認定できるとしている。この点について、本判決は知的要素と別個に「認容」という心理状態は立証されていないとするものとして、玄守道「故意に関する一考察（6・完）」立命館法学313号（2007年）80頁。それに対して、本判決が列挙する外部的事情は、盗品ではないかと思つたことが根拠あるものであることを示すとともに、盗品であることの蓋然性の程度を示すことにより認容の心理状態を認定するための間接事実（情況証拠）として位置づけることができるものとして、井田・前出注(4)164頁以下。

(6) 大判昭和2・11・15新聞2780号14頁。本判決は、「必スシモ買受物カ赃物タルコトヲ確定的ニ知リテ之ヲ買受クルノ意思ニ出テタルコトヲ要セス或ハ赃物タルヤモ知レスト考ヘ而カモ敢テ之カ買受ヲ辞セサリスコト（容認）ヲ以テ足ルモノトス」とする。

とはいえ、もし故意を心理状態としての「認識・認容」と捉えたとしても、判例・裁判例においては、故意を認定する際、しばしば認容の具体的な心理状態や認容の認定根拠を示すことなく認識と一括して認容を判断しているものも多いと分析されているように<sup>(9)</sup>、そこにおいていわゆる故意の意的要素と知的要素の相互関係がいかに理解されているのか明確に示されていないということは看過されるべきではない。

ところで、ドイツの連邦通常裁判所の判例も、故意について、結果発生をあり得るものと認識し、かつ結果を是認しつつ甘受する (billigend in Kauf nehmen) という心理状態を必要としているとされる<sup>(10)</sup>。これは、認識面では、結果発生の可能性の認識を要求しつつ、加えて意思面において、その是認 (Billigung) を必要とするものとして、未必の故意と認識ある過失の区別基準に関する「是認説」の立場と一般的には理解されているところである。もっとも、同時に連邦通常裁判所は、結果発生の可能性を認識しつつも、結果の不発生を真摯に信頼していた場合には、故意は認められず、認識ある過失が問題となるに過ぎないと述べているように、いわゆる真摯説の定式化をも示している<sup>(11)</sup>。

- 
- (7) この点について、平野龍一『刑法総論 I』(有斐閣, 1972年) 186頁, 松宮孝明『刑法総論講義 [第5版]』(成文堂, 2017年) 182頁, 玄・前出注(5)79頁以下, 同・「判批」山口厚=佐伯仁志編『刑法判例百選 I 総論 [第7版]』(有斐閣, 2014年) 84頁以下, 今井猛嘉ほか『刑法総論 [第2版]』(有斐閣, 2012年) 123頁以下 [今井猛嘉]などを参照。わが国の判例・裁判例については、半田・前出注(3)58頁以下, 半田靖史「殺人の故意の認定—(続)裁判員裁判の判決書からみた『殺意』概念—」刑ジャ53号 (2017年) 4頁以下, 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第3巻 [第3版]』(青林書院, 2015年) 143頁以下 [佐久間修]を参照。
- (8) 判例・裁判例における「認容」や「敢て」を、認識と意思決定との結びつきを示すための表現方法の一つとするものとして、松原芳博『刑法総論 [第2版]』(日本評論社, 2017年) 230頁以下。
- (9) 半田・前出注(3)57頁以下。また、遠藤邦彦「殺意の概念と証拠構造に関する覚書」『現代刑事法の諸問題 (植村立郎判事退官記念論文集)』(立花書房, 2011年) 204頁は、結果発生の予見と意思は混然一体としたものであると指摘する。
- (10) 例えば, BGHSt 7, 363 (革ヒモ事件); 36, 1 (HIV感染事件) など。革ヒモ事件については、林幹人「未必の故意と認識ある過失の限界」堀内捷三ほか編『判例によるドイツ刑法 (総論)』(良書普及会, 1987年) 121頁以下, HIV感染事件については、大庭沙織「故意の意的要素の必要性」早稲田法学会誌65巻1号 (2014年) 173頁, 181頁を参照。

これを受けて、是認説と真摯説は一つの理論へと統合すべきことも提案されている<sup>(12)</sup>。

連邦通常裁判所は、意的要素の認定について、あらゆる客観的および主観的な行為事情を認定するとともに、これらの客観的および主観的事情を全体的に考察して意的要素を判断すべきであるとするが<sup>(13)</sup>、そのような全体的考察による故意の認定枠組みは、必ずしも是認説ないし真摯説のみから論証必然的に導き出されるものではなく、しかも結果発生のは認は、しばしば一定の外形的行為や客観的事実と見られる事情から導き出されているように見える。

例えば、被告人が、被害者の要求に基づき、被害者をベッドに縛りつけ、被害者の剥き出しの裸体などにガソリンを流しかけた上でライターへ着火したため、それがガソリンに引火して、被害者を高温ガスの吸引による熱ショックで死亡させたという事案について、連邦通常裁判所は、行為者が、構成要件的结果の発生をあり得ると看做し、それにもかかわらず自己の行為を継続した場合、極めて危険な行為にあっては、結果発生を是認しつつ甘受していたと考えることはもっともなことであり、客観的な行為継続の観点を強調しつつ、「是認しつつ甘受する」という意的要素を認定できるとしている<sup>(14)</sup>。

また、行為者が結果不発生の期待を有していたとしても、事情経過を成り行かないし偶然に任せたという事情が認められる場合にも、連邦通常裁判所は結果発生のは認を認めている。例えば、被告人が元恋人の住居へ夜間侵入してキッチンでガス管を引き抜くなどしてガスを漏出させた事案において、行為者が自己の行為の特別な危険性を認識して行為し、自己の行為と結びつい著しく重大な危険ポテンシャルを認識していた場合、それ以降の事象展開を偶然に委ねていたと考えることはもっともであって、ガスが爆発しないであろうと行為者が期待していたとしても、それだけでは結果に関する是認を否定するために十分ではないというのである<sup>(15)</sup>。

(11) BGH NStZ 1984, 19; BGHSt 36, 1; 近時のものとしては、NStZ 2016, 215など。

(12) 例えば、*Rudolf Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 2018, § 14 Rn. 27; *Helmut Satzger*, Der Vorsatz—einmal näher betrachtet, Jura 2008, S. 118.

(13) この点について、*Joachim Vogel*, in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 1, 12. Aufl., 2007, § 15 Rn. 65も参照。

(14) BGH NStZ 2000, 583.

(15) BGH NStZ 1999, 507.

このような連邦通常裁判所の立場に鑑みれば、個別事案における客観的事実とそれに対する認識や行為者の行動が故意の存否に関して重要なファクターとして考慮される結果、意的要素は、仮にそれを是認という形で要求するとしても、空疎な公式か、あるいはほとんど形骸化された要件となっているのではないかという異論が提起されるであろう<sup>(16)</sup>。

### III 解釈構成物としての故意

故意をそれ自体として行為者の（過去のある時点における）内心的な心理状態であると考えらるべきであろうか。

近時、Ruth Maurerは、故意は、行為者の心理状態ではなく、解釈構成物（Interpretationskonstrukt）と看做すべきであるとの見地から、意思概念の要否について再び検討を加えている<sup>(17)</sup>。そこで、以下では、Maurerの見解を簡単に見ておくことにしたい<sup>(18)</sup>。

Maurerによれば、Friedrich Waismannが指摘したように<sup>(19)</sup>、意思概念には二つの用法がある。すなわち、内的実体としての意思概念と、その直後に続く身体運動を記述するための補助語としての意思概念がそれである<sup>(20)</sup>。Waismannによれば、内的実体としての意思は、行為動機と身体運動の中間地点で第三存在として固有の役割を果たすものではなく、動機間での衡量、複数動機間でのせめぎ合いが意思の核心であって、最終的に衡量過程の結果として行為を規定する動機というものは、意思決定過程の終着点としての決断に他ならない。それ故、意思の本質はこの決断にあり、決断を引き起こす力なのではない<sup>(21)</sup>。意思には必然的に決断の要素が内在していなければならないところ、

(16) 批判として、Winrich Langer, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, GA 1990, S. 460; Ingeborg Puppe, in: *Nomos Kommentar Stragesetzbuch*, 4. Aufl., 2013, § 15 Rn. 43 f.

(17) Ruth Maurer, *Das voluntative Element des Vorsatzes als Beweisthema vor Gericht*, 2007, S. 16 ff.

(18) 最近でも、故意を「心理的事実」として理解することに対して批判的なものとして、Lorenz Leitmeier, *Bedingter Vorsatz*, HRRS 2016, 243 ff.

(19) Friedrich Waismann, *Wille und Motiv*, 1984, S. 14.

(20) Maurer, a.a.O. (Anm. 17), S. 18.

単なる欲求は意思ではなく、欲求が意思となるためには「行為」が付け加わる必要がある<sup>(22)</sup>。

そこでMaurerは、さらにPeter Bieriの主張、つまり欲求が意思となるためには「作動」(in Bewegung setzen)が必要であって、行為、起因者、意思は相互に密接に結びついた概念であり、意思概念は行為、ひいては起因者を思考するための概念的プラットフォームであるという指摘に依拠しつつ<sup>(23)</sup>、帰属にとって重要なのは、身体運動を記述するための補助語としての意思、すなわち「行為意思」という意味でいわば行為を分節化するための意思のみであるという<sup>(24)(25)</sup>。

それ故、Maurerにとって、意思という規範的概念は、心理的事実の描写ではなく、客観的に認識可能な出来事の集合体、あるいは帰属を根拠づける所与の事情のコングロマリットないし全体的複合体として理解されるべきであり、それが帰属問題の枠内で「意思的」(willentlich)と表現されるに過ぎないと

(21) *Waismann*, a.a.O. (Anm. 19), S. 101 ff.

(22) *Waismann*, a.a.O. (Anm. 19), S. 10 f. それによれば、朝寝坊をしてベッドで目覚めたところ、起床したいと思いつつもなかなかベッドから起き上がらないで寝ている場合、起床したいと思ってもそれは意思ではなく欲求に過ぎない。実際に起床するという行為を行って初めて意思について言及することができるということになる。

(23) *Peter Bieri*, *Das Handwerk der Freiheit*, 3. Aufl., 2005, S. 36 f.

(24) 類似の主張として、例えば、*Alf Ross*, *Über den Vorsatz*, 1979, S. 17.

(25) いかなる犯行にとっても外界へ表動される行為者の行動、すなわち行為が犯行構成的なメルクマールであることについては、異論の余地がない。多くに代えて、*Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Aufl., 2016, § 9 Rn. 1. なお、Maurerによれば、単なる身体運動を行為と記述するためにはそれに対応した「意思」が必要となる。例えば、棍棒を振り上げて他人の頭を打ち砕くという身体運動は、棍棒を振り上げる者が殺人の意思を有している場合に初めて殺人行為と呼ばれ得る。それ故、この行為を殺人と評価することは、論理的にはその棍棒を振り上げる者における殺人の意思を前提とし、その意思は身体運動に加えて志向的結果をも含む。そのような意思を媒介として発生結果は当該殺人行為の結果と看做されるのであり、行為観察の中心にあるのは「意思」概念である。*Maurer*, a.a.O. (Anm. 17), S. 11 f. なお、わが国の認識説・蓋然性説も行為意思を要求している点について、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣, 2013年) 239頁以下、高山佳奈子『故意と違法性の意識』(有斐閣, 1999年) 151頁以下。

いうことになる<sup>(26)</sup>。

既にHans Kelsenは、心理学的意味での意思は、自己観察を通じて経験的に認定され得る事実であって、存在の世界に属するものであるのに対し、倫理学および法学における意思は、規範、すなわち当為という観点の下での一つの構成であり、現実の精神的な生活における具体的出来事に対応するものではないと説いていたところ<sup>(27)</sup>、Maurerも基本的にこのような主張に賛同しつつ、内観を通じて獲得された認識は、それを裁判官が認定することができない以上、規範的に要求される裁判官の判決の基礎とはなり得るものではないとする<sup>(28)</sup>。帰属の本質は、人格と規範との間の関連形成にあり、日常言語的に人格に発生結果を帰属するのは、その結果を発生させた者を「起因者」と看做す場合であり、そのために意思の概念が必要となるものの、意思は行為者人格における帰属の終着点の呼称に過ぎず、帰属は、行為者が構成要件の実現の可能性を認識したにもかかわらず、それでも行為をしたという事情として理解されることになる<sup>(29)</sup>。

このようなMaurerの主張は、根本的には、心的実体としての意思が裁判官にとって把握不可能なものであることから<sup>(30)</sup>、それ自体として認識不可能な判断基準を措定することそれ自体が無意味なものであるとして、内的実体ないし一定の心理的状态として「意的要素」を故意概念に要求することを放棄すべきという所説を展開するものと理解することができよう。

また、同じような立場は、既にJoachim Hruschkaによっても主張されているところである。Hruschkaによれば、故意行為は、「外的」事実が「存在」するのと同じ意味で「故意」行為として存在するわけではなく、故意は、認定や証明の対象ではなく、端的に帰属されるものであって、故意的に行為したという評価は、記述的判断ではなく、帰属的判断に他ならない<sup>(31)</sup>。そもそも意思は、目で見たり、耳で聞いたり、鼻で嗅いだり、手で触れたり、舌で味わったりす

<sup>(26)</sup> Maurer, a.a.O. (Anm. 17), S. 24, 32.

<sup>(27)</sup> Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl., 1984, S. 146.

<sup>(28)</sup> Maurer, a.a.O. (Anm. 17), S. 24.

<sup>(29)</sup> Maurer, a.a.O. (Anm. 17), S. 26, 40 f., 123.

<sup>(30)</sup> Maurer, a.a.O. (Anm. 17), S. 40.

<sup>(31)</sup> Joachim Hruschka, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, in: Festschrift für Theodor Kleinknecht, 1985, S. 201.



るなど、五官によって把握できるものではない<sup>(32)</sup>。Hruschkaによれば、かつてのいわゆる「事物による故意」(dolus ex re)の主張者らは、それを外的事実から内的事実への証拠上の推論として解釈した点に誤りがあり、むしろ外的事情から被告人が自己の行為および重要な行為事情を認識し、故意的に行為したと推論する場合になされる事物による推論は、端的に「外的」事情全体に基づいて故意を帰属することに他ならないというのである<sup>(33)</sup>。

#### IV ディスポジションとしての故意

なるほど、意的要素それ自体は直接観察することができない。しかしそれを根拠として直ちに意的要素を故意概念から排斥するなら、同じことは知的要素に等しくも当てはまるであろう。というのも、結果発生の可能性の「認識」といっても、それも、結局のところ、裁判官が知覚によって直接接近し得るものではないからである。

この点、故意は、直接観察し得ない内心状態としてのディスポジション(傾向性)であるとの主張がドイツでは一部の論者によって有力に展開されている<sup>(34)</sup>。そこで、以下では、故意をディスポジションとして把握しようとするアプローチについて取り上げることにしたい。

まず、このようなアプローチに先鞭をつけた論者として、Winfried Hassemerの所説を挙げなければならないであろう。Hassemerによれば、故意は、直接観察し得ない内心状態としてのディスポジションに他ならない<sup>(35)</sup>。それは、時計や樹木のように、外界における知覚可能な対象ではなく、観察者が

<sup>(32)</sup> Joachim Hruschka, Strukturen der Zurechnung, 1976, S. 6 ff.

<sup>(33)</sup> Hruschka, aa.O. (Anm. 31), S. 201. 事物による推論と故意の推定 (praesumptio doli) の相違につき, Hruschka, aa.O. (Anm. 31), S. 197 f. 事物による故意については, Klaus Volk, Dolus ex re, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, S. 611 ff. を参照。故意の推定については, 山口邦夫「Praesumptio doli論の命題」駒澤法学2巻2号(2003年)1頁以下も参照。

<sup>(34)</sup> この点に関して, 増田豊『刑事手続における事実認定の推論構造と真実発見』(勁草書房, 2004年)1頁以下, 50頁以下。なお, 大庭・前出注(10)182頁も参照。

<sup>(35)</sup> Winfried Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 303 f.

視覚的に把握することができないものであって、対象を観察することで記述することができるような性質のものではない。それに、故意のほか、意図、過失、任意性、証人の信用性、有害な傾向などの概念も、それが意味する対象は、通常、人間の「額」の裏に隠されており、それらを肉眼で認識することはできないという点では、故意と異なるところはなく、いわゆる「ディスポジション概念」として再構成すべきことが提言される<sup>(36)</sup>。これらの刑法上のディスポジション概念については、「観察」とは異なる手法でその対象に対して接近するしかない。そこで、ディスポジション概念をいかなる方法によって把握すべきか、あるいはここでの問題関心に即していえば、そのように理解された故意は、一体いかにして証明ないし認定され得るかが課題となる。

この点、Hassemerによれば、ディスポジションとして直接観察不可能な人の内心状態は、外界からの内心の推論という手続の下で、外界における「指標」(Indikatoren)を通じてその存否が推論され、故意や過失が証明ないし認定され得る。例えば、Hassemerによってディスポジション概念の一つとされる「信用性」(Glaubwürdigkeit)概念<sup>(37)</sup>については、裁判官は、客観的・外在的事実として「信用性」それ自体を観察することはできない以上、もっぱら推論的判断によって、証人や被告人の供述を信用することができるかどうかについて結論を導き出す必要があり、かかる推論を行うためには、一定の観察可能なデータが必要となってくる。まさにこのような推論を行うために不可欠なデータがここでいう「指標」に他ならない。

そこで、Hassemerは、一定の推論的判断を可能とする「指標」が充たすべき要件についてさらに立ち入った考察を加えている<sup>(38)</sup>。Hassemerによれば、

<sup>(36)</sup> *Winfried Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., 1990, S. 183.

<sup>(37)</sup> *Hassemer*, aa.O. (Anm. 36), S. 184.

<sup>(38)</sup> *Hassemer*, aa.O. (Anm. 36), S. 184. 信用性の判断については、*Heinz Leferez*, Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit, in: Hans Göppinger / Hermann Witter (Hrsg.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, Bd. 2, S. 1314 ff.; *Karina Otte*, Rechtsgrundlagen der Glaubwürdigkeitsbegutachtung von Zeugen im Strafprozess, 2002を参照。ディスポジション概念を手がかりとして証人の信用性について論究するものとして、*Thomas H. Bungardt*, Operationalisierung eines Dispositionsbegriffs am Beispiel der Glaubwürdigkeit, 1981, S. 5 ff.

指標がディスポジションを徴憑することによって初めて、ディスポジションに関する推論が可能となると考えるなら、ディスポジションを徴憑する「指標」は、以下の3つの要件を充足することが要請される<sup>39)</sup>。

第一に、指標は、観察可能なもの (beobachtbar) でなければならない (= 観察可能性)。刑法上のディスポジション概念は、それを知覚によって直接観察し得ない点に認定手続上の困難さの一因が求められる以上、指標それ自体も観察可能なものでないということになれば、以上のような困難さが除去され得ないことになってしまうからである。

第二に、指標は完全なもの (vollständig) でなければならない (= 完全性)。一定の推論的判断を行うために不可欠な指標のうち、その重要な要素 (例えば、事象との感情的緊密さ) を取りこぼしたまま推論を行えば、その他の指標によってディスポジションの存在が誤って徴憑されるなど、誤謬推論を招来し、また推論的判断の正当性に疑義が生じることになるからである。

そして最後に、指標は (当然ながら) ディスポジションに関連するもの (dispositionsrelevant) でなければならない (= ディスポジション関連性)。例えば、証人の信用性を「性別」や「肌の色」、「職業」などから推論することが誤った帰結をもたらし得るように、推論的判断の根拠となる指標の中に、問題となっている内心状態を徴憑しないファクターが混在すると、一転してその推論的判断は、指標によって認識しようとするものだけではなく、それ以外のありとあらゆるものを引き出すことが可能となり、判断が誤ったものとなるからである<sup>40)</sup>。

もっとも、以上のような説明にもなお不明確な点が数多く残されている。確かに、Hassemerは、故意を刑法上のディスポジション概念の一つとしつつ、ディスポジションを直接観察不可能な内心状態と捉えている。しかし、直接観察不可能な内心状態がディスポジションと呼ばれる用語の中核的意義だとしても、それ以上の厳密な定義はHassemerにあっては示されておらず、かえって無用な概念的混乱を招いているともいえなくもない。

<sup>39)</sup> Hassemer, a.a.O. (Anm. 36), S. 184; ders., a.a.O. (Anm. 35), S. 304

<sup>40)</sup> 観察可能性の要件は、ディスポジション認定それ自体から当然に要請されるものであり、完全性やディスポジション関連性の要件は、誤謬推論回避のための要件と整理することができるであろう。なお, Hassemer, a.a.O. (Anm. 35), S. 304.

そこで、差し当たり、いわゆるディスポジション概念について改めてその意義を再確認しておくことが肝要であろう。

まず、通常、ディスポジションとは、「壊れやすさ」や「水溶性」、「可燃性」、あるいは「怒りっぽさ」や「勤勉さ」など、対象の特別な性質を指示するために用いられる概念であって、対象の性質の重要な種類の一つを構成するものと看做されている。「水溶性」や「可燃性」、「弾力性」など、自然科学が対象とする物理的客体の性質としての物的ディスポジションが典型例としては挙げられるところ、ある対象がいかなるディスポジションを持つのかをそのディスポジションが顕在化する前には直接観察し得ない点にディスポジション概念の特徴が見出される。すなわち、それは、一定の状況や条件が充足されるという前提の下で、一定の仕方でも反応したり行動したりする対象の傾向性や能力であると定義される<sup>(41)</sup>。

かくして、ディスポジション概念は、確かに、それ自体として私たちの五官によって直接的に知覚可能な顕性の性質を記述するものではない。ディスポジションは、それを顕在化させることなく対象や人に備わっている潜在的性格であるから、ある対象が一定の先行条件に対して特定の仕方でも反応したり行動したりすることを体系的に観察して初めて、その対象が関連するディスポジションを有していると認定されるのであって、そこで直接的に観察可能なものは、もっぱら反応や行動として現れた外的徴候のみであるということになる。

例えば、ある対象に「水溶性」というディスポジションを帰属することは、一定の状況や条件下で発生するであろう客体の反応について、ある特定のタイプの検証に決定的に依存していると考えられる。すなわち、それは、「砂糖を水に入れれば、砂糖は溶けるであろう」と言明できる場合に初めて、砂糖に「水溶性」というディスポジションを帰属することが正当と看做されるのである。

もちろん、ディスポジションは、その性質の顕在化と無関係ではないこともまた明らかであろう。というのも、ディスポジション概念は、その顕在化した

---

(41) Franz von Kutschera, Grundfragen der Erkenntnistheorie, 1982, S. 104. また、エリザベス・W・ブライアほか「傾向性についての三つのテーゼ」柏端達也ほか編訳『現代形而上学論文集』（勁草書房、2006年）229頁以下、ロイ・バスター（式部信訳）『科学と实在論』（法政大学出版局、2009年）295頁以下も参照。さらに、ディスポジションについて、増田豊『法倫理学探究』（勁草書房、2017年）354頁以下。

状態と一定の関係を取り結んでもいるからである。「可燃性」という物的ディスプレイポジションを例にとれば、それは、木材が「燃える」というディスプレイポジション顕在化状況ないし状態に関係づけられて初めて、私たちはその意味を了解し得る。私たちが対象のディスプレイポジションについて語るとき、例えば、「木材に火がつけられて燃焼した」などの現実的な顕在化状況を出発点としつつ、その「燃焼する」という用語を拡張的に使用して、「燃えやすい／可燃性」というディスプレイポジション用語を適用・運用しているといってもよい<sup>(42)</sup>。ディスプレイポジションが顕在化した状態を考慮せずしては、ディスプレイポジション概念は、たちどころに了解不可能な言語使用となるであろう。

以上のような理解を前提とすれば、第一に、ディスプレイポジション概念を物的ディスプレイポジションに限定せず、人の性格や心的性質にまで転用することは可能か、第二に、仮にそれが可能だとしても、それは、刑法上の故意概念やその認定との関係でいかなる実践的意義をもたらすのかという点がさらに解明されなければならないであろう。

この点、実際、ディスプレイポジション概念は、自然科学だけでなく、社会科学その他の学問分野においても広くその用例を見出すことができる。「知性」や「謙虚さ」、「用心深さ」や「怒りっぽさ」、「強欲」などについて言及するとき、あるいは「知っている」や「信じている」、「意図している」、「理解している」などの表現が用いられるとき、いずれにしてもそこでは、観察者が直接的には知覚不可能な人間の性格や心的状態（心的ディスプレイポジション）についての言明が問題となっているとの指摘は、しばしば見られるところである。

例えば、ある人が「怒りっぽい」と述べるとき、その人に対して一定の刺激が与えられたなら、直ぐに怒ったり苛立ったりするであろうという気質や性向をその人に帰属している。しかも、食事中や睡眠中であっても、その人は「怒りっぽい」人であり得るように、「怒りっぽさ」は必ずしも顕在化を必要としない。つまり、「怒りっぽさ」という気質や性向もまた、しかるべき条件下におけるその人の振舞いを経験的に観察して初めて、「怒りっぽさ」が認定ないし帰属されていると捉え直すことができよう。

(42) ネルソン・グッドマン（雨宮民雄訳）『事実・虚構・予言』（勁草書房、1987年）79頁以下を参照。また、Georg Henrik von Wright, *The Varieties of Goodness*, 1964, p. 142もそれを外的な規準（outward criteria）を備えた内的なものとして表現する。

このことから示唆されるように、ディスポジションは、通例、「仮言的」ないし「条件法的」に表現されるとされる。それ故、ディスポジションの認定ないし帰属手続においては、「反事実的条件法」(counterfactuals)<sup>(43)</sup>が重要な役割を果たすとされるのである。それによってある対象が一定のテスト条件の下でいかなる反応や行動を示すかを確認し、そこからディスポジションが帰属されるか否かが判断されるという認定構造を有すると言い換えてもよい(「もしガラスにレンガを打ちつけるなら、ガラスは割れるであろう」)。

故意をディスポジションとして捉えつつ、このような反事実的条件法によるディスポジションの帰属構造を強調する論者としては、Christos Mylonopoulosの所説がある。

Mylonopoulosも、故意は直接的に観察することができない以上、経験的指標の観察を用いて帰属されるべきディスポジションであると主張する。それによれば、ディスポジションとしての故意は、指標および対応規則の使用を前提とする帰属判断(Zuschreibungsurteil)によって行為者ないし行為へと帰属されるべきものである。つまり、故意概念は、単なる「内的事実」として記述されるべきものではなく、むしろ一定の思考プロセスに基づいて「ディスポジション」として帰属されるものであるということになるのである<sup>(44)</sup>。

ところで、Mylonopoulosによれば、刑事立法者は、構成要件を定立したり、あるいは法律効果を規定したりする際に、既にディスポジション概念を多用しており、それは主に以下の3つのカテゴリーに区分可能であるとされる。

まず、①人間の「性格ディスポジション」として、責任無能力(ドイツ刑法19条以下)、著しい無分別(ドイツ刑法23条3項)、行為者に由来する危険(ドイツ刑法62条)、行為者が社会にとって危険であること(ドイツ刑法63条)、アルコール飲料またはその他の麻薬剤を過度に摂取する習癖(ドイツ刑法64条)行為者がさらに犯罪行為を行う危険(ドイツ刑法68条)などが挙げられる。

また、②「行動態様および状況ディスポジション」として、故意や過失の概念のほか、中止未遂における任意性や努力の真摯性(ドイツ刑法24条、31条)、

(43) 反事実的条件文については、デイヴィッド・ルイス(吉満昭宏訳)『反事実的条件法』(勁草書房、2007年)。

(44) Christos Mylonopoulos, Vorsatz als Dispositionsbegriff, in: Festschrift für Wolfgang Frisch, 2013, S. 357 f.

弁識能力および制御能力（ドイツ刑法20条）、他行為可能性、「錯乱、恐怖または驚愕」（ドイツ刑法33条）、現在の危難（ドイツ刑法34条）、公共の危険（ドイツ刑法306条以下）、謀殺嗜好や強欲さ、残虐性、手段の危険性（ドイツ刑法211条）、被殺者の要求の真摯性（ドイツ刑法216条）、営業性（ドイツ刑法243条、260条、292条）、常習性（ドイツ刑法284条、292条）、領得概念（ドイツ刑法242条、246条）、支払不能（ドイツ刑法283条）、行為による悔悟（ドイツ刑法314条a、320条、330条b）を取り上げている。

さらに、③前二者と区別されるものとして、文書の残虐性や非人道性（ドイツ刑法131条1項）、文書のポルノグラフィ性（ドイツ刑法184条）、道具の危険性（ドイツ刑法224条）などは、「事物ディスポジション」と看做されている<sup>(45)</sup>。

本論文では、その分類方法の妥当性や関連するディスポジション概念を一つひとつ丹念に検討することは当面の課題ではないが、ディスポジションな帰属手続は、故意や過失にとどまらず、いわゆる主観の正当化要素としての防衛の意思や避難の意思、それに被害者の同意、さらに超過の内心傾向としての不法領得の意思や目的犯における目的概念などにも及ぶという点だけを確認しておくことにしよう。Mylonopoulosの分析を前提とするなら、わが国でも、常習性概念や責任能力、公共の危険、わいせつ概念、抗拒不能などは、いわゆるディスポジション概念の一種として捉えられることになるであろう。

さて、彼の主張は、大まかにいえば、①ディスポジションはそれ自体として直接的に観察し得ないものである以上、その存在を推論するためには、経験的メルクマール（対象の反応や行動）の観察が必要であり、②そのためには、一定の経験的メルクマールからディスポジションの存在を推論することを可能とする対応規則（Korrespondenzregeln）を認識しなければならず、③ディスポジションの帰属は「非現実的條件文」（irrealer Bedingungssatz）の使用を前提とするという3つのテーゼから構成されていると定式化することができる<sup>(46)</sup>。以下では、それぞれのテーゼについてもう少し掘り下げて見ていくことにしたい。

第一のテーゼは、Hassemerの見解とほぼ同じであるが、第二のテーゼで対

(45) *Christos Mylonopoulos, Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, 1998, S. 84 ff.

(46) *Mylonopoulos, a.a.O. (Anm. 45), S. 100 ff., 127 ff.; ders., a.a.O. (Anm. 44), S. 358 f.*

応規則に言及している点が注目されよう。これは、かの有名なRudolf Carnapによる科学的理論ないし科学言語における「観察言語」(observation language)と「理論言語」(theoretical language)の区別に基づくものである<sup>(47)</sup>。すなわち、直接的に観察可能な事象やメルクマールを記述する「観察言語」と異なり、「理論言語」は、直接的に観察し得ない事象や側面を記述するものであって、理論言語の用語は、理論言語による言明と観察言語による言明の対応を表現する翻訳規則の助けを借りて初めて描写され得る。このルールは、対応規則(rules of correspondence)と呼ばれる一方、観察言語のメルクマールは、指標(indicator)とされ、それらによって理論言語が描写されることになる<sup>(48)</sup>。

もちろん、対応規則は、一定の観察用語(指標)が存在しなければ機能しない。そこで、いかなる指標を用いるべきかという問いが提起されることになる。

指標が充足すべき要件としては、Hassemerのいう観察可能性や完全性、ディスポジション関連性に加え、指標の信用性や現実妥当性、非現実的な指標でないことなどがさらに要求されている。調査経済(Forschungsökonomie)の観点からその利用が著しく面倒であったり非現実的であったりする指標ではないことも必要とされる(例えば、莫大な費用を要する実験により証人の信用性を判断すること)<sup>(49)</sup>。

もちろん、理論概念と観察概念の関係は常に非対称(asymmetrisch)であるから、対応規則によって理論概念は部分的に解釈されるに過ぎず、どれだけ多くの観察概念を用いても完全に定義することはできない<sup>(50)</sup>。とはいえ、ディスポジションが経験的メルクマールへと翻訳されて初めて客観的観察者はディスポジションの存否を検証し得るのであって、翻訳規則ないし対応規則の適用を通じてのみディスポジション概念は現実性と関連づけられ、経験的意味を獲得するという<sup>(51)</sup>。

それでは、ここでいう対応規則とはいかなるものだろうか。この点、

(47) ルドルフ・カルナップ(竹尾治一郎訳)「理論的概念の方法論的性格」永井成男＝内田種臣編『カルナップ哲学論集』(紀伊國屋書店, 1977年)192頁以下。

(48) なお, Ulrich Schroth, Der Begriff des "Begriffes" dolus eventualis, in: Gerechtigkeitswissenschaft, 2005, S. 467 ff, 470.

(49) Mylonopoulos, a.a.O. (Anm. 45), S. 102 f.

(50) Mylonopoulos, a.a.O. (Anm. 45), S. 101.

(51) Mylonopoulos, a.a.O. (Anm. 45), S. 101.



Mylonopoulosは、実体刑法の領域では、立法者や判例は既にかかる対応規則を形成し、それに基づくディスポジション帰属を實踐してもいるという。

例えば、ドイツ刑法19条は、「行為遂行時に、14歳に満たなかった者は、責任無能力である」として刑事未成年について規定しているところ、裁判官は、子どもの責任能力（ディスポジションナルな性質）を否認するために、子どもが「14歳未満」（観察用語）ということを確認する以外のことをなす必要はない<sup>(52)</sup>。あるいは、刑の執行猶予に関するドイツ刑法56条によれば、刑の執行猶予には、「有罪判決だけで既に警告として受け止め、刑の執行の作用がなくても、将来もはやいかなる犯罪行為をも行わないであろう」ということが要求されているが、行為者が法律に忠実であること（ディスポジションナルな性質）に関する認定は、前歴、行為事情、犯行後の行為者の態度、生活状態（観察用語）など、一定の経験的メルクマールを考慮して判断すべきことが前提とされている<sup>(53)</sup>。以上のような形で立法者は、既にディスポジションに関する一定の経験的指標を設定し、それを通じて対応規則を定式化しているというのである。

このような対応規則の形成は、立法者の専売特許ではない。判例においても同様の事情を看取することができる。用例としては、「運転不能」（Fahruntüchtigkeit）概念が指摘できる。

例えば、ドイツ刑法315条c（道路交通の危殆化）や316条（交通における酩酊）は、「乗り物を安全に運転できる状態でない」ことを要求しているところ、連邦通常裁判所の判例によれば、ドライバーが一定の血中アルコール濃度<sup>(54)</sup>を超えた場合（観察用語）、ドライバーは絶対的運転不能（ディスポジションナルな性質）と判断される。そこでは、いわば裁判所が一定の観察用語（経験的メ

52) 以上の主張をわが国の刑法においても当てはめるなら、14歳未満の者を刑事未成年として責任無能力とし（刑41条）、また、13歳未満の者については、性的な自己決定能力がないものと看做されているところ（刑176条、177条）、これらも立法者による対応規則の定立例の一つと看做することができるであろう。

53) Mylonopoulos, a.a.O. (Anm. 45), S. 103.

54) なお、絶対的運転不能を認定する血中アルコール濃度につき、1966年12月9日の連邦通常裁判所決定で1.3%としたが（BGHSt 21, 157; 22, 352）、1990年6月28日の連邦通常裁判所判決により現在は、1.1%とされている（BGHSt 37, 89）。この点について、Frank Zieschang, in: Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Bd. 3, 2013, § 316 Rn. 21 ffを参照。

ルクマール) と理論用語 (ディスポジション) を対応させるためのルールが設定されているのである<sup>(55)</sup>。

最後に、第三テーゼはどうであろうか。前述の通り、ディスポジショナルな説明や分析において「反事実的条件文」の使用はしばしば見受けられるところであるが、Mylonopoulosもまた、ディスポジション帰属は、「非現実的条件文」と必然的に結びついており、ディスポジション概念を把握するためには非現実的条件文が不可欠であるとする。彼によれば、ディスポジション概念は、出来事ではなく、むしろディスポジショナルな性質を有する人や対象が一定の状態にあるとき、何が起り得るか、あるいは何が起こるであろうかという「可能性言明」(Möglichkeitsaussage)を含む、つまり「予測的」(prognostisch)な性質をも含むものとされる<sup>(56)</sup>。つまりそれは、一方で対象の現実性を記述するものだが、他方で現実性の限界を超えて可能性や予測、蓋然判断を行うことに他ならない<sup>(57)</sup>。その意味において、ディスポジショナルな性質は、現実世界と可能世界のいずれにも関わる点で両義的なものである<sup>(58)</sup>。

しかし、第一に、反事実的条件文によるディスポジションの帰属ないしそれを通じて認定されるディスポジションそれ自体が予測的な性格を帯びるという点は、もちろん自明なものではなく、根拠づけを要するであろう。なるほど、「Xはアルコール依存症だ」というディスポジショナルな説明の真実性は、「Xは今ちょうど飲酒している」というエピソード文が少なくとも過去のいくつかの時点で真であることを、あるいは「Yは常習行為者である」という言明の真実性は、「Yが犯罪行為を遂行した」というエピソード文が少なくとも過去のいくつかの時点で真であることを前提としている<sup>(59)</sup>。だとすると、人間の性格

<sup>(55)</sup> Mylonopoulos, a.a.O. (Anm. 45), S. 104. また、Klaus Volkも、対応規則の用例として、運転不能の認定に関する血中アルコール濃度を挙げている。Klaus Volk, Begriff und Beweis subjektiver Merkmale, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. 4, 2000, S. 743を参照。

<sup>(56)</sup> Mylonopoulos, a.a.O. (Anm. 44), S. 359. また、G・ライル (坂本百大ほか訳) 『心の概念』(みすず書房, 1987年) 50頁も参照。

<sup>(57)</sup> Mylonopoulos, a.a.O. (Anm. 45), S. 134 ff. ライルも、ディスポジション用語を含む言明は、法則言明との類似性を示し、対象の行為や反応や状態を予測することを可能とするものと指摘する。ライル・前出注<sup>(56)</sup>173頁。

<sup>(58)</sup> Nicholas Rescher, A Theory of Possibility, 1975, p. 132.

ディスポジションの帰属は、確かに、少なくとも過去におけるしかるべきディスポジションの顕在化を表現するところのエピソード文の真実性に（通常は）依存しているとはいえ、そこからさらに将来における予測的（仮說的）言明をも含むということは、以上のことから直ちに導き出され得ない。もっとも、問題は、過去において顕在化したディスポジションが将来において顕在化しないであろうと確言され得るような場合であっても、関連するディスポジションを帰属することができるのかどうかである。すなわち、過去におけるディスポジションの顕在化が現在におけるディスポジション帰属にとって必要十分条件かという問いが提起されることになるのである。

ここで、Mylonopoulosは、以下のような用例を検討しながら、ディスポジションの予測的・仮說的性格を擁護しようとする。すなわち、被告人は、4年間に40件の重窃盗を反復して遂行したものの、現在、被告人は重大な病気のため、もはや犯罪行為を遂行できない状態にあるという場合がそれである。この場合、それにもかかわらずなお、被告人をさらなる犯罪行為を遂行する傾向を有する危険な行為者と評価し得るという立論も考えられないわけではないが<sup>(59)</sup>、Mylonopoulosは、確かに、過去、つまり犯行の時点では、さらなる犯罪行為を犯す傾向を有し、危険な行為者であったと述べることは適切であると認めつつも、ディスポジションの将来的顕在化が生じ得ないということが判明した以降にあっては、事情が異なるとする<sup>(61)</sup>。ディスポジションの不存在は過去の顕在化のみによって確認することはできず、それは、適切なテスト条件が与えら

59) もっとも、ディスポジションに関する物理主義的理解によれば、ディスポジションが一度も顕在化したことのない場合でもこのような言明は真となるであろう。この点につき、Mylonopoulos, aa.O. (Anm. 45), S. 112 ff.

60) 例えば、Stuart Hampshire, Dispositions, in: Freedom of Mind and Other Essays, 1971, pp. 34 ff. この点、Hampshireによれば、対象の行動を長期にわたり継続的に観察し、ディスポジションが顕在化したところの複数の事象について言明でき、しかもディスポジションを反駁するものと看做される事象がほとんど存在しないと言明できることがディスポジション帰属に必要であるが、一定の条件の下でディスポジションが顕在化するであろうという文は、先行する観察に基づいて対象が一定のディスポジションを有していることを既に知っていることから真となるのであって、その逆ではないという。つまり、ディスポジション帰属は、将来におけるその新たな顕在化に関する予測や推測に左右されるものではないということになる。

61) Mylonopoulos, aa.O. (Anm. 45), S. 117.

れたなら将来におけるディスポジションの顕在化が再びあり得るかどうかを問うことでしか確認することができない。かくして、過去のある時点におけるディスポジションの顕在化は、ディスポジション帰属の十分条件ではなく、せいぜい必要条件であるということになる<sup>(62)</sup>。Mylonopoulosは、ディスポジションの予測的・仮說的性格を前提として、私たちが何ごとかを「意図している」と言明する場合にも、やはりそこでは目に見えない内心世界の出来事について何がしかの報告を行っているのではなく、むしろしかるべき条件がすべて充足されたのなら、行為者は何をなすであろうかという点について言明を行っているのだというのである<sup>(63)</sup>。

第二に、その予測の形式が問題となるであろう。J.L. Mackieによれば<sup>(64)</sup>、2種類のディスポジションが存在する。第一に、他の事情が同じならば (ceteris paribus)、ディスポジションが常に確実性をもって顕在化する絶対確実なディスポジションと、ディスポジションの顕在化に関してもっぱら蓋然性の大小が問題となる蓋然的ディスポジションがそれである。前者には、演繹的・

(62) *Mylonopoulos*, a.a.O. (Anm. 45), S. 117 f. もっとも、*Mylonopoulos*によれば、以上で述べたように、一定の条件下で対象が過去にいかにも振舞ったかは、人間の行動に関するディスポジション帰属については必要だが、状況や対象に関しては、必ずしも必要でない。状況や対象については、テストが実施されたことがなく、テストが不可能または許容されない場合でも、最初からディスポジション帰属が排除されるわけではないとする。例えば、ある文章が青少年にとって有害であるかどうかにつき、その文書がこれまで青少年に一度も読まれたことがなく、あるいは青少年にその文書を実際に読ませることができないとしても、その文書が青少年にとって有害であるということはある。あるいは、ある状況が危険であるというとき、その状況が過去に侵害結果をもたらしたようなことがなかったとしても、その状況は危険であり得る。*Mylonopoulos*, a.a.O. (Anm. 45), S. 128 f., 139 f. また、グッドマン・前出注(4282頁も参照)。

(63) *Mylonopoulos*は、このような反事実的条件文を用いた故意と過失の区別の一例として、R.A. Daffの見解を参照する。*Robin Antony Daff*, *Intention, Agency and Criminal Liability*, 1990, pp. 128 ff. また、*Joachim Vogel*, *Juristische Methodik*, 1998, S. 14も、ディスポジションナルな事実は予測的(蓋然性)要素を含み、一定の条件の下で一定の事象が発生するであろうという仮説(Hypothese)を含蓄すると指摘している。

(64) *J. L. Mackie*, *Dispositions, Grounds, and Causes*, in: Raimo Tuomela (ed.), *Dispositions*, 1978, pp. 99 ff., 101 f. また、*von Kutschera*, a.a.O. (Anm. 41), S. 130.

法則的説明（因果的説明）に還元し得るような物的対象の性質が含まれるのに対して、人間の性格や内心状態に関するディスポジションは、後者に位置づけられる<sup>(65)</sup>。Mylonopoulosによれば、磁性は前者に、爆発性は後者に属する。というのも、爆発性のある物質は、それに点火した場合、高い蓋然性で爆発し得るが、絶対的确实性をもってこれと異なる結果が生じることが排除されるわけではないからである。そして、攻撃的、危険、運転不能、性向など、人間の性格や社会的状況のディスポジションも後者に属する。

ここでいう蓋然的ディスポジションの身分は、明らかに演繹的・法則的なものではない。ある人に一定のディスポジションが帰属される場合、彼が将来において、機会が与えられたにもかかわらず(テスト条件)、そのディスポジションに反した行動をすることは必ずしも排除されないからである。人がしばしばその性格と一致しない行動をとることは、私たちの経験的知識に属する。Mylonopoulosによれば、そのような事情が存在し得るのは、そこで「帰納的蓋然性」に関する言明が問題となっており、一定の状況において一定の振舞いを行うことが「通常」、「典型的」、「基本的」であるという意味での一般的傾向性が問題となっているためであるという。

以上のような蓋然性判断の形式で行われる予測は、次の2つの帰結をもたらすことになる。第一に、そこでは、比較段階的に確証される仮説が問題となっているのであって、絶対的な确实性について語るものではない。第二に、裁判官は、「危殆化」の認定も通例そうであるように、事後的検証が不可能、あるいは許容されないような場合、非現実的条件文、つまり蓋然性判断に頼らざるを得ないのであり、一定の対象が適当なテスト条件の下に置かれたとき、何が生起するであろうかを予測しなければならない<sup>(66)</sup>。

以上のようなアプローチと軌を一にする論者としてはさらに、観察言語と理論言語という二つの言語レベルを区別すべきとするKlaus Volkがいる<sup>(67)</sup>。Volkも理論概念と観察概念はいわゆる対応規則において結び付けられるとし、理論言語は観察可能なものに完全に還元することはできず、むしろ経験的内容によって部分的にしか充足されないとする。解釈学理論は科学理論の意味での理論ではないとはいえ、刑法解釈学でも理論的に構成された概念として、「法

(65) Urs Konrad Kindhäuser, *Intentionale Handlung*, 1980, S. 118 ff., 127 f.も参照。

益」、「責任」、「正犯性」、「故意」などの概念を含みつつ、他方で、「血中アルコール濃度」や「苦痛」などの観察概念と呼び得るボキャブラリーによって、医学の領域で理論概念と看做されるであろう概念をしばしば用いているとされる。

Volkによれば、刑法解釈学における理論概念の多くは、対応規則の構成要素ではない（例えば、「違法性」の概念は、観察可能な事実を示すメルクマールによって定義できない）。それにもかかわらず、理論概念は、経験的内容によって間接的に充足され、経験的に解釈され得る。このことは、当の概念が一定の定義連鎖を介して別の理論概念と結びつき、その別の理論概念が対応規則を介して現実性と結びついていることから可能となる。まさに理論の基本概念は定義によって初めて具体化されるどころ、例えば、行為、構成要件該当性、違法性、責任などの基本概念が直接的に対応規則と結びつくことは稀である。なるほど、それらの概念は、直接的に経験的解釈が可能なものではないが、しかし間接的および部分的には可能であり、定義によって、理論概念の間に横断的結合（*Querverbindung*）がもたらされる。かかるネットワークによってシステムが確立されると、これらの概念から定義連鎖が分岐し、それは、さらなる理論概念を介して最終的に対応規則に至るといっているのである<sup>(68)</sup>。

この点で、まさにここで問題となっている故意概念もまた、Volkによれば、構成要件該当性、違法性、責任のシステムにおける理論概念の一つに他ならない。危険を認識し、それを是認した者は故意的に行為したものであるとの命題は、「是認しつつ甘受する」（*billigend in Kauf nimmt*）という言い回しによって理論概念を含む定義、つまりディスポジション用語となる。つまり、故意概

(66) *Mylonopoulos*, a.a.O. (Anm. 45), S. 138 f. さらに、非現実的条件文は、随伴事情（例えば、ディスポジションの顕在化を阻害する妨害的要素の存在）が存在するかどうかについて言明することができる点で、単なるディスポジション言明に比べて対象の性質を一層精確に提示するものであると評価する。例えば、「可燃性」というディスポジション言明は、その対象が「燃え得る」ということしか言明していないが、場合によっては、可燃性の物質でも燃焼しないことがあり得る（酸素が存在しない場合など）。そこで、非現実的条件文は、酸素の存在という随伴事情に関しても言明することで（「もし木材に（周囲に酸素が存在するという条件の下で）火をつけるなら、それは燃えるであろう」）、実り多い内容を有するという点も強調されている。*Mylonopoulos*, a.a.O. (Anm. 45), S. 130.

(67) *Volk*, a.a.O. (Anm. 55), S. 739 ff.

(68) *Volk*, a.a.O. (Anm. 55), S. 742 f.

念は、対応規則を通じて初めて現実性と結びつけられ、証明可能なものとなるというのである<sup>(69)</sup>。以上のように、Volkもまた、故意をディスポジション概念として理解しつつ、そして特徴的なことに、故意は、その定義要素にさらなる理論概念を含むことで初めて、経験的に観察可能なメルクマールとの連携・関連づけが可能となると捉えられているのである。

## V 故意の指標とその認定

それでは、以上のようなディスポジションとしての故意の理解は、故意の認定や立証に関していかなる帰結をもたらすのだろうか。

Hassemerによれば、故意とは、意的現象としての「法益に敵対する意思決定」(Entscheidung gegen das Rechtsgut)と定義される。これは、意思決定の対象についての表象を必然的に前提とし、かつかかる表象は、構成要件上の保護法益に対する一定の状況の危険性に関連するものと捉えられる。それ故、「故意」について信頼できる推論を可能とするためには、①法益に対する状況的危険＝(外的)危険、②この危険に関する行為者の表象＝危険の(内的)表象、そして、③この危険の現実化に関する意思決定＝危険現実化に関する(内的)意思決定という3つの段階を区別して、それぞれの段階に対応する「指標」を体系的に整序することが肝要であるという<sup>(70)</sup>。

まず、第一の段階では、法益に対する客観的危険性、状況的危険が検討されるが、そこでは、例えば、爆弾の破壊力はどの程度か、被害者はどれだけ離れていたか、弾丸が命中する可能性はどの程度か、侵害事象の時間的継続はどの程度か(例えば、行為者はどのくらい長く被害者の首を締めたか)、いかなる身体的部位に攻撃が向けられたか、救助や危険を遮断する逃げ道が存在したか、あるいは近くにあったかという点が重要となる<sup>(71)</sup>。

認知的レベルに関わる第二段階では、例えば、行為者による事象の認識可能性があったか(行為者は犯行現場に居合わせていたか、行為客体と位置関係は近かったか)、知覚能力はどの程度あったか(薬物や情動による意識混濁が

(69) Volk, a.a.O. (Anm. 55), S. 743.

(70) Hassemer, a.a.O. (Anm. 35), S. 307.

(71) Hassemer, a.a.O. (Anm. 35), S. 307 f.

生じていたか、あるいは一定の個人的または職業的に獲得された能力によって知覚能力が強化されていたか)、状況は複雑なものであったかそれとも見通しできないものであったか、肝心の知覚はいかなる時刻になされたかなどが重要となる<sup>(72)</sup>。

第三段階では、例えば、回避行動が実際に遂行されたか、動機づけに影響を与える自己侵害の蓋然性は存在したか、特別な動機づけを示す指標があったか(例えば、行為者は少年であるか、何らかの障害があったか、特別な専門的機能を有していたかなど)、同様の状況でなされた行為者の過去の行動はいかなるものか、行為者と被害者との間に情緒的緊密さがあったかが重要であるとされる<sup>(73)</sup>。

Hassemerは、ディスポジションは観察可能な指標(外的事象)によって初めて推論され得るものであるとしても、故意の存否は、客観的構成要件において判断されるべき問題ではなく、行為者の内心事象の徴憑は依然として主観的構成要件、主観的帰属の問題として捉えている。また、故意の認定を、例えば、回避行動がなされたかどうかということや危険が遮蔽されたかどうかというような単一の指標によって判断すべきではないとする。

しかし、そうすると、当然、次のような疑問が生じるであろう。つまり、第一に、「指標」と「故意」概念とはいかなる論理関係にあるのか。第二に、複数の指標のうち、故意の認定にとっていかなる指標が決定的なものと看做されるのか。

わが国でもとりわけ殺意の認定に際しては、①創傷の部位、②創傷の程度、③凶器の種類、④凶器の用法(行為態様)、⑤動機の有無、⑥犯行後の行動等の状況証拠が総合的に考慮されてきたと指摘されているところ<sup>(74)</sup>、Hassemerのいう指標が「故意」という主要事実とは証拠法上の意味で区別されるべき状況証拠としての機能を果たすものなのかどうかの問題となるであろう。

この点、彼は、故意の「概念的要件」と故意の存在の「証拠による認定」を区別し、故意の「指標」は後者の問題ではないと指摘する。すなわち、それは、指標を故意概念から分離することができず、指標によって初めて故意概念を適

(72) Hassemer, a.a.O. (Anm. 35), S. 308.

(73) Hassemer, a.a.O. (Anm. 35), S. 308.

(74) 多くに代えて、遠藤・前出注(9)213頁。



用することができるのであって、指標それ自体は、故意概念に属するということになるのである。換言すれば、その危険性を認識してなされた行為が法益敵対的意思決定を徴憑するということは、故意概念の問題であるのに対して、個別事例において行為者がそのような認識を有していたか否かは刑事手続上の認定の問題となるということになるであろう。

しかし、この点に関しては、まずもって、Wittgensteinの意味における「規準」(Kriterium)と「徴候」(Symptom)の区別が必要であろう<sup>(75)</sup>。〈内的な出来事〉は外的な規準を必要とするとし<sup>(76)</sup>、「痛み」の振舞い、例えば、歯が痛くて頬を押さえるという身体的挙動は、その身体的振舞いは「歯が痛い」の「規準」となる。あるいは、「謝罪」の身体的振舞いとしての頭を下げるも、謝罪の「規準」となるであろう。しかしここでは、痛みの身体的振舞いとしての「頬を押さえる」と「痛い」、あるいは謝罪の身体的振舞いとしての「頭を下げる」と「謝罪」という言葉の意味の関係は、決して経験的なものではない。むしろそれは、概念的・定義的・コンヴェンショナルな関係<sup>(77)</sup>であると捉えるべきであるように思われる<sup>(78)</sup>。それに対して、「痛み」と赤い頬、あるいはそれらと脳の過程との関係などのような経験的關係は、「規準」と区別されて「徴候」と呼ばれ得る。この場合、徴候は、経験的に通常随伴する出来事から規準となる出来事が判断されており、両者の関係は経験的なものである。

指標それ自体は故意概念に属するとのHassemerの立場からすれば、指標は、

(75) ヴィットゲンシュタイン (藤本隆志訳)『哲学探究 (ヴィットゲンシュタイン全集 8)』(大修館書店, 1976年) 224頁 (No.354), 同 (大森莊蔵訳)『青色本 (ヴィットゲンシュタイン全集 6)』(大修館書店, 1975年) 56頁以下。また、「規準」と「徴候」の区別については、増田・前出注③491頁以下を参照。

(76) ヴィットゲンシュタイン・前出注⑦③04頁 (No.580)。

(77) 「コンヴェンション」の意義については、増田・前出注③435頁以下。なお、刑罰をめぐるコンヴェンションについては、拙稿「刑罰のコミュニケーション的機能について」『市民的自由のための市民的熟議と刑事法 (増田豊先生古稀祝賀論文集)』(勁草書房, 2018年) 271頁以下。

(78) この点、Mylonopoulosによれば、ディスポジション認定においては適切な観察可能なメルクマールを選択することが肝要であるところ、いかなる理論言語にいかなる観察概念が対応するかは、根本的には、ある特定のディスポジションについていかなるものが当該ディスポジションの顕在化と看做されるかという私たちの「了解」(Verständnis)に依存している。Mylonopoulos, a.a.O. (Anm 45), S. 101 f.

主要事実とは区別される間接事実としての情況証拠ではなく、それがなければ故意を認定し得ないところのWittgensteinの意味における「規準」と看做することができるであろう。しかし、規準は、「痛み」のような概念の意味の必要十分条件を示すものではなく、「典型的」な場合にのみ妥当するものであって、一定の例外を伴う。「頬を押さえる」や「頭を下げる」という身体的振舞いが、常に「痛み」や「謝罪」を意味するわけではないのである。

まさに、故意についても同じような関係が成立し得るであろう。すなわち、「故意」の身体的振舞いとしての犯行状況下における行為者の行動こそが、故意帰属の「規準」となると考えるべきであろう。それ故、第一に「犯行状況下」以外の状況でなされた行動は、たとえそれが行為者の行動であっても、故意の「規準」ではなく、情況証拠（間接事実）としての「徴憑」に過ぎないと評価すべきであろう。また、行為者以外の行動や言動もやはり情況証拠としての「徴候」に過ぎない。少なくともそれらは、故意概念の一部ではなく、それらがなくても故意を認定し得るであろう。それに対して、「規準」を構成する要素は、主要事実として立証されるべき対象となるであろう。

とはいえ、「規準」としての指標（情況証拠）は、必ずしも単一のものではなく、複合的なものとなる。Hassemerもいうように、指標が100%の割合で完璧に存在することは実際にはあり得ないのであって、むしろ指標は、常に比較段階的な強弱関係でしか存在し得ない。一方で高い徴憑力を有する指標もあれば、他方で徴憑力が低い指標もあるため、それぞれの指標の徴憑力を識別するために、「指標の階層化」を行うことが必要不可欠である<sup>(79)</sup>。

指標の階層化・体系化に関しては、かつてReiner Trappがディスポジションを判断するために、絶対必須（obligatorish）のテストと限定的な意味しか持たないテストがあり、前者は、テスト核心（Testkern）に含まれるが、後者は、テスト周縁（Testhof）に含まれるとして、ディスポジションの帰属判断において中核的なテストと補強的なテストを区別していた点が参考となるであろう<sup>(80)</sup>。もし補強的テストが積極的な結果を示していても、それだけを理由としてディスポジションを帰属してはならないのと同様、消極の結果を示す補

(79) Hassemer, aa.O. (Anm. 36), S. 185. 故意の推論は、単一の指標ではなく、整序された多くの指標および反駁指標から初めて可能となる場所、しかるべき指標は故意処罰の根拠から導き出されるとする。

強制的テストの存在だけを根拠としてディスポジションを否認してはならない。あくまで補強的テストは、一次的基準としてのテスト核心に属するテストを補強するだけの二次的基準だからである。

例えば、あるディスポジションを対象に認定するために、6つのテスト(A～F)のうち、少なくとも3つのテストで積極的な反応や結果が示されなければならないが、しかもテストAとテストBは必ず積極的な結果を示すものでなければならないが、それ以外のテストC～Fのうち少なくとも1つテストが積極的な結果を示すことで足りる(テスト周縁)という場合を考えると、ここでは、テストAとテストBが「テスト核心」に、テストC～Fは「テスト周縁」に属することになる<sup>(81)</sup>。

Mylonopoulosは、Essler/Trappが「テスト核心」に属するテストの確定を要求しているところ、それは、ディスポジション用語の導入に関して同じ要請、つまり積極的な結果を示さなければならないテストの必要性は含意的に比較の観点と結びついており、積極的な結果を示すテストの数が十分に多い場合には、ディスポジションを帰属できるが、消極的な結果の数が相対的に多い場合には、ディスポジションを帰属することはできないとして、「比較概念」(komparativer Begriff)の導入を提案している<sup>(82)</sup>。反事実的条件文を用いたディスポジション帰属は、蓋然的判断であるから一定の不確実性や不明確性を伴うことは避けられない。そこで、ある性質がある対象に別の対象より多かれ少なかれ高

<sup>(80)</sup> Rainer Trapp, Eine Vereinerung des Reduktionssatzverfahrens zur Einführung von Dispositionsprädikaten, Erkenntnis 9 (1975), pp. 355 ff.; Wilhelm. K. Essler/Rainer Trapp, Some Ways of Operationally Introducing Dispositional Predicates with Regard to Scientific and Ordinary Practice, in: Raimo Tuomela (ed.), Dispositions, 1978, pp. 109 ff.

<sup>(81)</sup> しばしばディスポジション概念として指摘される「証人の信用性」について、ここでも、その証人が過去に偽証罪で有罪判決を下されたことがあるという事実は、信用性判断に関するテスト核心に含まれるが、証言内容が捜査の結果として得られた信頼できる客観的証拠との整合性を欠くという事実は、もし証人がその信用性テストを十分にパスしたなら、その信用性を反駁する十分な根拠とならないという用例が挙げられている。Essler/Trapp, op. cit., p. 122. 例えば、召喚に対する出頭回避や尋問に対する供述回避の態度などは、テスト核心というよりむしろテスト周縁に属する事情と考えることができる。

<sup>(82)</sup> Mylonopoulos, a.a.O. (Anm. 45), S. 108 f. 133.

い程度で認められるかどうかという意味での比較、あるいはその程度が強くなればなるほど、それだけ容易にある対象にその性質が帰属され得るという比較に基づく判断がここで問題となっているというのである。指標（テスト）の数が多く存在し、テスト条件が多く充足されればされるほど、それだけ容易に私たちはディスポジションを帰属することができる。換言すれば、ディスポジションが帰属され得るという仮説とディスポジションが帰属され得ないという競合仮説を比較したとき、いずれが合理的言明として説得的かという確証程度の大小によってその存否が比較段階的に判断・評価されることになることと捉えることができるであろう<sup>(83)</sup>。

加えて、指標・テスト条件の質も問題となる。この点につき、その認定は、概念の意味の重点の適切な規定を前提としている。私たちは、ディスポジション用語を与えるために必要となる十分条件を確定しなければならない。別言すれば、スタンダード（標準事例）が存在するかどうか、つまりそれが概念の核心に属すると疑いなく考え得る候補事例が存在するか否かが重要となる。以上のような故意帰属におけるディスポジショナルな分析は、実践的困難さを伴うが、その原因は、とりわけ概念的把握と証明が一体化している点にあるという<sup>(84)</sup>。

Volkもまた、対応規則は観察言語と理論言語のいずれのクラスの概念をも含んでおり、いずれかの段階に一義的に位置づけられるものではないのと同様に、刑法学上の理論概念に関する対応規則も、概念、つまり実体法に属するか、それとも証明、つまり訴訟法に属するかという形で一義的に確定し得ることは困難であるとする<sup>(85)</sup>。

Volkは、次のような用例を挙げている。すなわち、被告人は、近く支払不能となることを非常に蓋然的なものとして看做し、会社が倒産しかかっていることを考慮していたにもかかわらず、なお引き続き被害者に対して商品を注文していた。しかも、被告人は、被害者に対して何の担保も与えておらず、被害者に対する危険を遮断するための措置も講じていなかった。被告人は、この危険の現実化を是認しつつ甘受しており、未必の故意で行為したものである。

<sup>83)</sup> *Mylonopoulos*, a.a.O. (Anm. 45), S. 106 ff.; *ders.* a.a.O. (Anm. 44), S. 362.

<sup>84)</sup> *Mylonopoulos*, a.a.O. (Anm. 44), S. 362.

<sup>85)</sup> *Volk*, a.a.O. (Anm. 55), S. 742.

この用例は、経験的意味内容の帰属が常に理論概念の部分的解釈にしか至らないことを示すものであり、故意概念が、理論レベルにおける別の理論概念との結びつきからその意義の大部分を得ることを例証するという。問いはこうである。この文章のどの部分が故意概念に関する部分であり、どの部分が故意の証明に関する部分であろうか。別様に問えば、どの文章が故意を定義しており、どの部分が間接事実からの主要事実である故意への情況証拠に基づく推論であろうか<sup>(86)</sup>。

Volkの用例では、行為者が危険を非常に蓋然的なものと看做していたという論拠と、危険を遮断していなかったという論拠が提示されているが、未必の故意についての理論においては、これらのメルクマールを決定的な区別基準と看做す蓋然性説や危険遮断説が主張されており、それらは、結局、かかる論拠を故意概念の「定義」と看做していることになる。それに対して、通説は、構成要件の結果の発生をあり得るものと看做し、結果発生が望ましくないものであったとしても、構成要件実現を是認しつつ甘受するか、あるいは目指された目標のために少なくとも構成要件実現について納得するという形で結果発生を認容 (einverstanden) した者は、未必の故意で行為したものであるとする。通説もかかる論拠を用いてはいるが、通説にとってそれは徴憑である。危険を遮断しなかった、あるいはそれを蓋然的と看做した者は、彼が危険を考慮に入れ、是認して甘受したことの手がかり (Anhaltspunkt) を提供していると考えられるからである。いずれにしても、ある論拠を、一義的かつ当然に実体法上の定義の構成要素として、あるいは訴訟法上の証拠規則として特徴づけることはできないということになる<sup>(87)</sup>。

## VI まとめに代えて

本論文では、伝統的に故意が一定の心理的状態ないし心理的事実との関係で理解されてきたことを前提として、とりわけ意的要素について、そのような理解に異論を提起する見解や、故意をディスポジションとして理解しようとする

<sup>(86)</sup> Volk, a.a.O. (Anm. 55), S. 743.

<sup>(87)</sup> Volk, a.a.O. (Anm. 55), S. 743.

見解について概観してきたが、最後に、ここで残された検討課題について明らかにしつつ、本論文を締めくくることにしたい。

まず、これまで「故意」を概念的にいか把握すべきかという実体法上の問題と、「故意」をいかにして証明すべきかという手続法上の問題が分ち難く結びついており、両者が複雑に絡み合っ議論が展開されてきた。とりわけ「故意」という主要事実(要証事実)を推認させる間接事実、すなわち情況証拠として事実認定上判断される要素について、一つひとつの社会的事実が故意概念の構成要素との関係でいかにして導き出されるのかが依然として明瞭ではないということは、判決の正当性を支える推論規則に関わる問題であり、法治国家的に看過すべからざる問題となるであろう。実体法は、基本的に何が証明されるべきかについて決定する証明主題を明示するものであると考えるなら、それは、まずもって「故意とは何か」という問いに関する理論によって明らかにされるべきであり、故意概念の解釈学的意味の解明なくしては、故意の認定や経験的指標については問い得ないはずである。

故意の意的要素をディスポジショナルに構成・立証する理論的可能性については、さらに故意行為にとってのディスポジショナルな「規準」の解明や、「実践的推論」図式を踏まえた「目的論的説明」の在り方やその故意認定論における意義も含め、さらなる検討が必要である<sup>(88)</sup>。

また、近時しばしば指摘されている故意の「客観化」や「規範化」という傾向については<sup>(89)</sup>、十分に検討することができなかったが、いわゆる故意の客観化や規範化が、少なくとも故意の認定上の困難さや概念把握の複雑さを安易に回避・緩和しようとするものであってはならないと考えるなら、今一度、行為の危険性やその認識の判断構造、一定の危険性の認識を有することと、犯罪の実現意思を有するとの言明ないし認定との理論的・規範的關係について立ち入った検討が不可欠である。これらの課題については、引き続き、取り組むことにしたい。

<sup>(88)</sup> 既にこのような方向での議論として、増田・前出注34)104頁以下。また、「実践的推論」図式については、かつて教唆行為との関係で取り上げたことがある。拙稿「教唆犯理論の一断面」三原憲三ほか編『刑事法学におけるトポス論の実践』(成文堂、2014年)143頁以下参照。これに対して批判的なのは、杉本・前出注(2)162頁以下。

---

89) 故意の「客観化」・「規範化」については, *Joachim Vogel*, *Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes ?*, GA 2006, S. 386 ff. *Volk*, a.a.O. (Anm. 55), S. 744 は, メルクマールを証明可能なものとする重要な手段がその「規範化」であり, 経験的に証明しなければならない事実が少なくなればなるほど, 評価と帰属によってメルクマールが存在するものとして記述することは容易になるとしつつ, 規範化はまた一般化 (Generalisierung) をも意味するとする。その趣旨は, メルクマールの証明のために行為者の個人的心理に立ち入る必要が少なければ少ないほど, あるいは, その代わりに「通常のもの」(Normalen), つまり規範を指向することが許されれば許されるほど, それだけ証明は単純となるからである。さらに, 松宮孝明『「裁判員裁判と未必の故意」を問題とする視点』法時83巻1号(2011年)83頁の指摘も参照。